論説

# 国家賠償法二条の「瑕疵」の意味について

## ――営造物瑕疵説の再検討――

西埜　章

## はじめに

前稿「国家賠償法二条の理念」[1]において、筆者は、「国賠法二条をめぐる問題点としては、営造物概念、瑕疵概念、一条と二条の関係、免責事由等があるが、これらの諸問題の解答は、結局、二条の理念を何に求めるか、さらには、二条を国家補償体系上何処に位置づけるかによって、異なってくることになる。従来の論争は、これらの基点が十分に明確にされないままになされていたように思われる」と述べた。そして、このような問題意識から、二条の理念を状態責任・無過失責任・危険責任に求め、二条の責任を結果責任に基づく国家補償の中の「危険責任」と並べ

て位置づけた。本稿においては、右の基点に立って、二条をめぐる諸問題のうち、まず瑕疵概念を中心に考察を進めることにする。

公の営造物の「設置・管理の瑕疵」の意味については、これまで主観説、折衷説、客観説、営造物瑕疵説、義務違反説（論）[2]等、種々の学説が主張されてきた[3]。現在のところ、有力学説は、客観説と義務違反説であり、このうち客観説が通説である。主観説、折衷説は提唱者以外に余り追随者を見出し得ず、この二説は義務違反説に吸収されたものと考えてよい[4]。営造物瑕疵説は、殆ど同調者を見出し得ないだけではなく、学説としての成立余地が疑問視されている。

しかし、二条の理念を状態責任・無過失責任・危険責任に求め、二条の責任を結果責任に基づく国家補償の中の「危険責任」と並べて位置づけた場合、「瑕疵」の意味については、むしろ営造物瑕疵説の説くところにこそ注目すべきであろう。営造物瑕疵説に対する従来の評価は、二条の理念を考慮すれば、適切なものとはいえなかったように思われる[5]。以下、営造物瑕疵説の内容、営造物瑕疵説に対する客観説・義務違反説からの批判、営造物瑕疵説の再評価、営造物瑕疵説の再構成、の順序で営造物瑕疵説の再検討を試みることにしたい。

（1）法政理論一六巻一号一頁以下。

（2）義務違反説（植木哲説）と義務違反論（国井和郎説）は、論者の主張によれば区別されるべきであるが、本稿は両説の比較検討を目的とするものではないから、ここではまとめて「義務違反説」と称しておくことにする。

（3）このほか、最近、「物的状態説」（原田尚彦「水害と国家賠償法二条との関係」ジュリストハ一一号三五頁注(6)）、「物

理的危険説」（兼子仁・行政法総論三二八頁）という学説名が挙げられている。これが新学説なのか、あるいは従来の学説のいずれかに分類されるのか、必ずしも明確ではないが、おそらく客観説に近いものであろう。

なお、これらの諸学説の区別については、その可能性・必要性について疑問視する見解が見受けられる（須田政勝「水害と国の責任」全国公害弁護団連絡会議編・公害と国の責任二八六頁、石井宏治「判例批評」行政判例研究会編・昭和五六年行政関係判例解説七一七頁、岡崎彰夫「判例批評」行政判例研究会編・昭和五三年行政関係判例解説七四一頁等参照）。しかし、瑕疵判断における差異を否定することはできないから、やはり二条をめぐる問題としては最も重要なものといえるであろう（古崎慶長・国家賠償法の理論二〇四頁、同「多摩川水害訴訟第一審判決」ジュリスト七一八号四六頁、同「判例批評」判例タイムズ三三二号一一八頁、遠藤博也・国家補償法上巻一三三頁、木村実「営造物にかかわる賠償責任」雄川＝塩野＝園部編・現代行政法大系六巻六一頁等参照）。

（4）植木哲・災害と法一六八頁・一九〇頁、藤原淳一郎「道路事故への国・公共団体の賠償責任」現代行政法大系六巻九三頁等参照。

（5）藤原教授も、「純然たる営造物瑕疵説（物的欠陥説）は、文理解釈上成立しがたいと批判され、少数説にとどまるとされている。しかし、後に述べるように、瑕疵を擬物化する学説（通説の一部）にあっては、営造物瑕疵説に接近するものと位置づけることが可能であり、一概に、木村説を異端視することはできないのではないか」（前掲九三頁）と説かれている（但し、藤原教授自身は、営造物瑕疵説を支持されているわけではない）。筆者は、以前に客観説を支持していた（遠藤＝阿部編・行政法Ⅱ（行政救済法）一〇〇頁）が、本稿において営造物瑕疵説に改めることにしたい。

## 一　営造物瑕疵説の内容

営造物瑕疵説をどのように定義するかは、一つの問題であろう。ここでは、とりあえず、営造物の設置・管理の瑕疵とは営造物自体が通常有すべき安全性を欠如していることをいう、とする見解を営造物瑕疵説と称しておくことにする。[1] このような意味での営造物瑕疵説の源流は、鳩山秀夫や末川博博士の所説[2]にまで遡ることができるが、これらの所説は二条について明言しているわけではないから、以下においては、法務省訟務局編『国家賠償法の諸問題』の見解と木村実教授の見解を紹介しておくことにしたい。

**一　営造物瑕疵説の紹介**　法務省訟務局編『国家賠償法の諸問題』は、次のように説いている。「設置管理とは、民法七一七条の『設置又は保存』と同義に解すべきものとされており、設置管理の瑕疵とは、物自体の安全性を欠く状態をいう。管理の瑕疵といっても、物自体に対する管理者の人的措置が失当である場合をいう訳ではない。設置の瑕疵とは物自体が原始的に安全性を欠く状態をいい、管理の瑕疵とは物自体の後発的な危険状態を指すと解すべきであろう。従て物自体を危険状態に原始的又は後発的に放置した管理者の懈怠が不法行為となり本条と競合する訳ではない。[3]」

右の『国家賠償法の諸問題』は、昭和二九年に刊行されたもので、比較的初期の時代の文献である。これに対し、現在、営造物瑕疵説を主張され、その代表者と目されているのは、木村教授である。木村教授は、次のように説かれている。「営造物の設置または管理の瑕疵は、動的主観的要因を含まない営造物の設置の瑕疵および管理の瑕疵

と最も古典的に解すべきで、営造物それ自体の欠陥が瑕疵であり、これにより生じた損害につき国または地方公共団体が賠償すべき責任があると解すべきであろう。[4]」「本来、営造物の設置・管理の瑕疵は、営造物の瑕疵を中心に論ずべきものであって、管理の瑕疵を強調することは、国賠法一条一項の問題であろう。したがって、免責事由としての不可抗力は、営造物の瑕疵にあたるか否かが検討されるべきであり、不可抗力の予測可能性の有無、交通規制措置等の管理の瑕疵を重視すべきではない。[5]」「営造物の設置・管理の瑕疵につき、管理の内容において解すべき理由はなく、むしろ『営造物が通常有すべき安全性を欠く』ことを設置・管理の瑕疵と把え、これにより私人に損害が発生し、この瑕疵と損害との間に相当因果関係が存在すれば、国または地方公共団体は損害賠償の責任があると解すべきであろう。[6]」「公の営造物の設置管理の瑕疵は、公の営造物の有する瑕疵を中心に構成されるべきである。すなわち、この設置管理の瑕疵の絶対的要件は、公の営造物の有する物的瑕疵であり、その瑕疵の原因となり、あるいはこれを看過するなどの設置管理作用の違法・故意過失・義務違反等の概念を含まない。[7]」

なお、最近、木村教授は、大阪国際空港公害訴訟における最高裁大法廷判決を評価されながら、自説をさらに発展させて、「社会的営造物瑕疵説」を提唱されるに至っている。教授の説かれるところによれば、「公の営造物の設置管理の瑕疵が、営造物の物理的・外形的瑕疵によって直接説明が可能な場合には、国家賠償法が適用されることには異論がない。しかし、営造物による損害が直接営造物の物理的・外形的瑕疵と結びつかない場合には、営造物の設置管理の瑕疵の認定が非常に困難になるが、おそらく営造物の物理的・外形的な欠陥が社会的に非難される場合には瑕疵があるとすることになる。従来の判例の結論を合理的に認めようとするならば、公の営造物の設置管理の瑕疵が存するものは、この社会的営造物瑕疵の存在が認められたことを意味する。[8]」

## 二　営造物瑕疵説と客観説の区別

右に、主唱者の表現をそのまま引用することによって営造物瑕疵説を紹介したわけであるが、学説としてはまだ十分に掘り下げられているとはいえない段階である。子細に検討すれば、客観説と一体どこが相違するのか、判然としない面がある。例えば、木村教授は、先に紹介したように、「営造物の設置・管理の瑕疵につき、管理の内容において解すべき理由はなく、むしろ『営造物が通常有すべき安全性を欠く』ことを設置・管理の瑕疵と把え（るべきである）」と説かれているのであるが、この説明は、客観説の代表的論者である古崎判事が、「設置・管理の瑕疵とは、設置・管理権者の営造物の建造、維持、修繕、保管行為の不完全により営造物自体が通常有すべき性状または設備を欠くこと、すなわち本来の安全性に欠けている状態をいう」[9]と説かれているのと、少なくとも表面上はそれほど相違していない。また、最近、木村教授は「社会的営造物瑕疵」を説かれ、古崎判事は「機能的瑕疵」を説かれているが[10]、この点においても両説は近似している。しかし、現在のところ一般には、両説は区別されているので、ここでも一応それを前提にして論を進めることにしよう。

（1）　国井和郎教授は、営造物瑕疵説を「設置・管理の瑕疵を物自体の安全性欠如、つまり物理的性状と見て、人的措置の失当を含まないとする」見解であると定義されている（「道路の設置・管理の瑕疵について（一四）」判例タイムズ四七五号一八頁）。

（2）　鳩山説の紹介と分析については、国井・前掲判例タイムズ四七五号一三―一四頁参照。末川博士は、民法七一七条の「瑕疵」について、「瑕疵というのは、当該の工作物がその種の工作物として通常有すべき安全な性状を欠いていることであって、反面からいえば、工作物についての危険性である。そして斯かる瑕疵は、自然力によって生ずることもあれば、人為

的に生ずることもあり、また工作物の設置に当って不完全な点があるによって存することもあれば、また爾後の保存について手入れや修理の足らぬ為めに存することもある」（権利侵害と権利濫用七四七頁）と説かれ、この考え方は、国賠法二条の「瑕疵」の解釈においても基本的に維持されている（「国家賠償法と民法とのつながり」法律時報二五巻九号五頁参照）。

（3）同書四三―四四頁。

（4）木村「道路の欠陥と賠償責任」ジュリスト五四三号四五頁。

（5）木村「国家賠償法二条をめぐる判例の動向」ジュリスト五八一号五五頁。

（6）木村「営造物の設置・管理の瑕疵」法学教室第二期6一五五頁。

（7）木村・前掲現代行政法大系六巻七三頁。

（8）木村・前掲現代行政法大系六巻七七頁。

（9）古崎・国家賠償法の理論二〇四頁。

（10）古崎判事は、「瑕疵を営造物の機能的瑕疵に拡大するなら、大阪空港を使用する航空機が騒音、排気ガスなどを地域住民にまきちらすことを機能的欠陥としてとらえ、その瑕疵の内容に入れることができよう」（「大阪空港控訴審判決と国家賠償責任」判例時報七九七号一二―一三頁）と説かれている。

## 二　営造物瑕疵説に対する客観説・義務違反説（論）からの批判

ここでは営造物瑕疵説に対して客観説と義務違反説がどのように批判しているかをみておくことにしよう。批判の中心は、営造物瑕疵説が法文適合性を有していないという点にある。

一　客観説からの批判　通説である客観説は営造物瑕疵説を問題にさえしていないためか、営造物瑕疵説を正面から批判している論者は少ないが、その中で、古崎判事が次のように説かれて営造物瑕疵説を厳しく批判されているのが注目される。すなわち、「営造物瑕疵説がいうように、営造物に物的瑕疵があればそれで足り、管理権者の設置・管理作用の不完全を全く不問にしてよいとの考え方はとらない。」[1]「いわゆる通説である客観説が、法文無視につながる営造物瑕疵説を唱えたことは一度もない。」[2]「二条は、『営造物の設置又は管理の瑕疵』とあって、『営造物の瑕疵』となっていません。したがって、この説をとるのは無理ですし、たとえば、空港公害事件のように、空港自体には物的欠陥がない場合には、説明がつきません。」[3]「同説（営造物瑕疵説、筆者注）の難点は、大阪国際空港事件のように、空港自体にはなんら物的瑕疵がなく、空港に発着するジェット機が騒音などの公害をまき散らすという機能的瑕疵がある場合には、同条（二条、筆者注）の適用が困難になることである。」[4]「二条は、『営造物の設置又は管理に瑕疵があった』と規定し、『営造物に瑕疵があった』と規定していないのであるから、瑕疵が『設置又は管理』上のものであること、つまり、営造物の設置・管理作用上の不完全による瑕疵＝安全性の欠如のあることが、要件的に必要であり、営造物に物的瑕疵があるだけでは足らない。この意味で、営造物に物的瑕疵があれ

ば足りるとする説（営造物瑕疵説）はとらない。[5]」

二　義務違反説からの批判　次に、義務違反説の側から、植木哲教授は、次のように批判されている。「営造物瑕疵説の本質は、道路管理者の義務違反を一切問うことなく管理責任を認めることを可能にするという意味で、結果（責任）説といってもよいだろう。もしこのような構成が可能であれば、それは被害者の救済にとり最も適しているが、その反面、管理責任の本質は、全く空虚なものとなる。[6]」「かかる学説は、最早、理論というものとはほど遠い存在となるであろう。[7]」「（この説は）無過失責任に徹し、それ故、被害者の救済において最も効果的であるといえるが、かかる見解は、裁判例の立場と全く異なり、現在のところ全くの異説といわなければならない。[8]」「裁判例の大勢は、営造物瑕疵説と無縁であり、このような解釈が可能であるためには、国賠法二条の法文を一切無視してかからなければ不可能である。[9]」

国井教授も、同様に次のように批判されている。「木村説はこの説を瑕疵を『最も古典的に解す』る立場とするが、民法理論の展開に即して合理的根拠に欠ける。むしろ、営造物瑕疵説は法文に反するのであって、文理解釈上は成立しがたい。のみならず、これでは適切な被害者救済を確保しえず、実践的にも合理的であるとしがたい。[10]」

三　その他の立場からの批判　さらに、客観説と義務違反説との間には対立というほどの差異がないという立場からではあるが、石井宏治検事は、「（営造物瑕疵説は）設置・管理という行為の瑕疵を要件とする国賠法二条一項の文理に反し、到底採用できるものではない[11]」と説かれ、吉戒修一検事も、「客観的思考を徹底させて、営造物そのもののかしがあれば、すなわち物的かしがあれば、国賠法二条のかしありと解するならば、事は至極簡単である。しかし、国賠法二条一項は、『営造物の設置又は管理の瑕疵』といって『営造物の瑕疵』とはいってないので

あるから、このような考え方は文理に反し解釈論としては採り得ない」[12]と主張されている。

加藤一郎教授の所説も、これらの見解に近いものとして位置づけられる。教授は、客観説、義務違反説に対して態度を明確にされているわけではないし、営造物瑕疵説自体を直接批判されているわけではないが、次のように説かれているところから大体推察することができるであろう。すなわち、「国賠法二条の条文も堤防の物的瑕疵自体でなく、河川の『設置又は管理に瑕疵があったため他人に損害が生じたとき』という文言になっており、設置または管理という人間の行為の瑕疵を問題としているのである。[13]」

(1) 古崎・国家賠償法の理論二〇二頁。
(2) 古崎・国家賠償法の理論二〇七頁注(27)。
(3) 古崎「国家賠償法二条に関する諸問題」昭和五二年度日本弁護士連合会特別研修叢書七三二頁。
(4) 古崎「営造物の管理の瑕疵の意義」行政法の争点一七〇頁。
(5) 古崎「国家賠償法二条」山田＝市原＝阿部編・演習行政法（上）四〇三頁。
(6) 植木・前掲一四五頁。
(7) 植木・前掲一八八頁。
(8) 植木・前掲一九一頁。
(9) 植木・前掲一四六頁。
(10) 国井・前掲判例タイムズ四七五号一八頁。
(11) 石井・前掲七一六頁。

（12）吉戒「河川の管理と国家賠償法二条」民事研修二二六号五〇頁。
（13）加藤「大東水害訴訟判決をめぐって」ジュリスト八一一号二八頁。

## 三　営造物瑕疵説の再評価

このように、営造物瑕疵説は、客観説からも義務違反説からも徹底的に批判されている。営造物瑕疵説は、木村教授以後追随者を見出し得ないが、果たして学説としては現行法上成立の余地がないものであろうか。以下、営造物瑕疵説のために若干の弁護を試みたいと思う。

一　法文適合性　客観説、義務違反説等からの批判は、営造物瑕疵説が法文を無視しているという一点に集中している。すなわち、国賠法二条は「営造物の設置・管理の瑕疵」を要件としているのであって、「営造物の瑕疵」を要件としているのではない、というわけである。確かに、法文を形式的に読む限りでは、これらの説が主張するように、「設置・管理」に瑕疵がなければならない。しかしながら、営造物の設置・管理の瑕疵と営造物の瑕疵とは、これらの説が主張するほどに決定的な差異を示すものであろうか。およそ営造物の瑕疵は、人間の設置・管理行為と密接に関連しているものであり、(1) このことはいずれの学説に立っても認めざるを得ないであろう。「設置・管理」という作用は、二条の解釈にとっては、当然のことであって、明文の有無を問わず前提に置かれているものと解すべきである。もっとも、これでは、「設置・管理による瑕疵」になってしまって、「設置・管理の瑕疵」ではないということになるかもしれないが、(2) 国賠法の立法者は当時そこまで考えて立法したとは思われない。立法者は、古崎

判事が説かれるように、民法七一七条についての当時の通説に従っていたものであり、[3] ただ文言の点において民法七一七条の「設置・保存の瑕疵」に歩調を合わせたものであろう。七一七条についての当時の通説は、瑕疵を「工作物が通常有すべき安全性の欠如」と理解していたのであるから、国賠法二条の立法者意思もそこにあると解するのが穏当というべきである。

## 二　客観説と営造物瑕疵説の近似性（その一）

古崎判事は、「営造物瑕疵説がいうように、営造物に物的瑕疵があればそれで足り、管理権者の設置・管理作用の不完全を全く不問にしてよいとの考え方はとらない」[4] と批判されながらも、「設置・管理の瑕疵とは、設置・管理権者の営造物の建造、維持、修繕、保管行為の不完全により営造物自体が通常有すべき性状または設備を欠くこと、すなわち本来の安全性に欠けている状態をいうと解するのが一番素直な解釈である」[5] と説かれている。二条の法文に適合させるために、管理作用の不完全を強調されているわけであるが、前述のように、営造物瑕疵説もこのことを当然の前提にしていると思われるから、古崎説と営造物瑕疵説の差異は、古崎判事が主張されるほどには明瞭でない。むしろ、植木教授が指摘されるように、「『客観説』は、それらがメルクマールとする物的瑕疵・瑕疵の客観的判断・無過失責任を体系的に相互に関連づけて追究していけば、必然的に営造物瑕疵説に至る」[6] のではなかろうか。[7] 古崎判事は、立法論として、二条を「公の営造物に瑕疵があったために他人に損害を生じたときは、国又は公共団体は、これを賠償する責に任ずる」と改正することを提言されているが、[8] これは解釈論としても十分可能であるように思われる。

右に述べたことは、古崎説についていえるだけではなく、およそ客観説に属するすべての説についていえるであろう。有倉遼吉博士は、「『瑕疵』とは、その営造物が通常備えるべき安全性が欠けている状態を指す」[9] と定義され、

今村成和教授は、「営造物の建造およびその後の維持、修繕に不完全な点のあることで、営造物が通常備うべき安全性に欠けておれば、その設備又は管理に瑕疵があることになる」[10]と定義されている。有倉説と今村説とでは、若干表現上の差異が見られるが、基本的な差異は存在しない。両者とも、瑕疵とは営造物が通常有すべき安全性を欠いている状態であると解している。この点では、古崎説との相違も認められないであろう。国井教授は、古崎説と今村説の差異を強調されて、「古崎判事は自説を今村説と同旨とされ、両説を合わせて通説とし、営造物瑕疵説と対峙しておられる。また、今村説と古崎説を同旨と見るのが一般的理解である。しかし、今村説は物的安全性欠如のうちに行為的な不完全性ありと見て、物的安全性欠如があれば行為的不完全たる瑕疵を認定してよいとするのに対し、古崎説では、安全性欠如に設置・管理作用の不完全を付加して、設置・管理の瑕疵が認定できるわけで、両説は明らかに相違する」[11]と主張されているが、これは文章表現上の差異を重視されたためであって、実質的にはやはり両説は同旨と捉えるべきではなかろうか。[12]有倉説についても、国井教授は、「物的瑕疵を基本的に受容しながら、行為的評価を加味する見解に至っている」[13]と理解されているが、ここでも筆者にはそれほどの差異は見出しがたい。要するに、客観説を代表するものとしての有倉説、今村説、古崎説は、ともに、瑕疵を「営造物が通常有すべき安全性を欠如している状態」と理解しているのであり、表現上の差異は、本質的なものではないというべきであろう。[14]

これに対し、雄川一郎教授の見解が客観説に属するものか否かは、若干の検討を要する。教授は、「損害が直接には営造物に内在する物的瑕疵または営造物自体を設置し管理する行為に基因するときは、二条の問題として考えるのが原則であろう」[15]と説かれている。表面上は物的瑕疵だけではなくて行為的瑕疵をも瑕疵概念に包摂されているように読み取れないではない。従って、植木教授が、雄川説を客観説ではなくて折衷説に近いものと理解されて

いるのは、[16]一つの見方といえるであろう。しかし、雄川教授が、別の論文において「営造物の設置・管理の瑕疵は、営造物の客観的な瑕疵を意味する」[17]と述べられているところよりすれば、やはり雄川説を客観説に分類するのが妥当なのではなかろうか。[18]教授が物的瑕疵のほかに「営造物自体を設置し管理する行為」をも含められているのは、一条と二条の適用区分に関してであり、また「設置・管理は、結局は公務員の行為によってなされる」[19]ということとの脈絡においてであるように思われる。雄川説の右の箇所は、瑕疵概念については重視されるべきではないであろう。雄川説もまた、客観説に属するものといってよい。[20]

## 三　客観説と営造物瑕疵説の近似性（その二）

表現上の差異が本質的なものではないにしても、何故にこのような差異が生じているのかは、一考に値する。これは、おそらく、二条の「設置・管理の瑕疵」という法文に瑕疵概念をいかに一致させるかということの苦心の現われであろう。例えば、古崎判事は、営造物の物的瑕疵だけでは足りず、「設置・管理作用の不完全」[21]をも必要とすると解されるわけである。しかし、設置・管理作用の不完全とはいっても、管理権者の作為・不作為義務違反を指すものでない以上は、この意味内容は必ずしも明確とはいえないであろう。[22]古崎説では、設置・管理作用の不完全と営造物自体が通常有すべき安全性を欠いている状態とが区別されているが、このような区別の意義については疑問を払拭できない。およそ、営造物が通常有すべき安全性に欠けている状態は、設置・管理作用の何らかの不完全と密接に関連しているのであり、逆に、設置・管理作用の不完全に関連しないような営造物の瑕疵を想定することは困難である。二条の責任根拠を危険責任主義に求めて、「営造物の設置・管理をし、または瑕疵を生ぜしめた人（管理権者または第三者）の行為それ自体にあるのではなく、他人に損害を生ぜしめるような危険な欠陥のある営造物を公の目的に供していること自体にある」[23]と説かれるので

あれば、単に「瑕疵とは営造物が通常有すべき安全性を欠如している状態をいう」とされるのが率直なのではなかろうか。この点について、国井教授は次のように指摘されているが、的確というべきであろう。すなわち、「古崎説は二段の推論によっている。ひとつは、瑕疵を営造物の安全性欠如とするものであり、他は、安全性欠如が設置・管理作用の不完全によるときに設置・管理の瑕疵ありとするものである。前段の推論は民法上の物的欠陥説に倣ったものであり、それだけでは法文適合性に欠けるために、後段の推論が加えられたのである。このことから知られるように古崎説は物的欠陥説に強く傾斜しており、これを基調にして、文理解釈上の配慮を付加した考え方である。[24]」

客観説の各論者によってなされた法文適合性を確保するための試みは、残念ながら成功しているとはいえないようである。法の解釈においては、法文適合性は確かに重要であるが、それは法の理念に適合してはじめていえることであって、客観説の依拠する二条の理念からすれば、法文適合性は必ずしも絶対的な要請とはいえないであろう。客観説は、自説を営造物瑕疵説から区別し、営造物瑕疵説を批判してはいるが、両説の相違はそれほど明瞭ではない。

**四**　過失と瑕疵の区別　義務違反説からの批判もまた、決定的とはいえないであろう。営造物瑕疵説が法文を無視しているとはいっても、前述のように、法文自体が必ずしも精緻なものではないから、二条の文言のみに拘泥することは、かえって二条の法意を損なうことになりかねない。また、二条は「過失」ではなくて「瑕疵」を要件にしているのであり、この瑕疵という言葉は本来物的欠陥を意味するものである。[25]

植木教授は、「従来の支配的見解によれば、まさに、国賠法一条に対する二条の特殊性――一条＝過失責任、二

条＝無過失責任――を強調することが国賠法の体系的理解に資する、との評価であったと思われる。しかし、本章において、われわれは、国賠法二条の本質を解明すればするほど、一条と二条の類似性こそが強調されるべきことを指摘しなければならない。そして、今や、国賠法一条と二条の同質性こそが正当に評価されるべきであろう。それは、丁度、民法七一七条が民法七〇九条の例外規定ではなく、注意規定にすぎない、のと同じく、国賠法二条は同法一条の注意規定にすぎなく、いずれも義務違反責任である、といわなければならない[26]」と説かれているが、このような考え方は、すくなくとも国賠法二条の立法者にはなかったように思われる。立法者は、むしろ過失と瑕疵の区別に立脚していたものと解すべきであろう。

この点において、国井教授が、「瑕疵は理論構成上、義務違反と観念される点で過失と理論的共通性を有するが、右両者は、その先在義務の内容および程度において理論的に相違する。すなわち、瑕疵の先在義務はいわば極限的に高度化されており、民法七〇九条の過失におけるそれに比して、当初から著しく高度なものとして措定されている。のみならず、過失では個々の具体的な加害行為についての義務違反が問議されるのに対して、瑕疵の先在義務は包括的・終局的なものであり、その義務射程が他人の加害行為にまで伸張されており、瑕疵と過失とはこの点でも相違する[27]」、「われわれは同条（国賠法二条、筆者注）につき、それが営造物の設置・管理という行政作用に関するものである点で、公権力の行使につき公務員の過失を必要とする同法一条と異なるだけでなく、同条は独自の存在理由を有し、単なる一条の注意規定ではない、と解する。なぜなら、同条は過失立証を不要とし、無過失免責を許さないからである。このことの理論的意義は大きいはずであり、看過すべきではあるまい[28]」と説かれていることに注目しなければならない。ここに、植木説と国井説の相違の一端をみることができるであろう。しかし、国井教

授は、過失と瑕疵の差異を説かれながらも、不法行為法の体系的調和に力点を置かれるため、「不法行為法には三種の責任態様が定められているが、民法は法文上これら全てを過失責任主義のもとで統一的に体系化しており、工作物責任もその例外ではない。瑕疵要件の定立が、その法文的表現である。営造物管理責任が瑕疵を要件とする以上、それは工作物責任と同様に、過失責任主義の埒外にあるものではありえない。瑕疵の義務違反的構成は瑕疵責任を過失責任の延長線上で捉える理論構成であり、それゆえに、義務違反論は体系的調和を有し、その点でも理論的に適切かつ妥当であるとしなければならない」[29]ということになる。換言すれば、「瑕疵は広義には過失のひとつであり、瑕疵責任は過失責任主義の延長線上にあって、無過失責任ではない」[30]のである。従って、国井説にあっては、過失と瑕疵の区別に努力されてはいるが、両者の区別は依然として不明確であって、この点では、実質的に植木説と大差がないように思われる。二条の独自の存在理由を認めても、右のような理解では、その意義は半減してしまうのではなかろうか。瑕疵を義務違反的に構成する限りは、結局は、過失と瑕疵の区別は困難であろう。そして、過失と瑕疵の区別がなされなければ、「瑕疵」という法文を無視することになりかねないであろう[31]。やはり、過失と瑕疵は明確に区別して捉えられなければならない[32]。

体系的調和については、前稿で述べたように、過失責任主義の下に統一して理解したり、不法行為の枠内で理解したりしなければならないというものではない。むしろ、二条は、一条と異なり、国家補償体系上は、結果責任に基づく国家補償の一類型として位置づけられるべきである。

（1）雄川一郎「行政上の損害賠償」行政法講座三巻二〇頁参照。

（2）遠藤・前掲一三四頁参照。

（3）古崎・国家賠償法二一九頁、同・前掲行政法の争点一七〇頁参照。国井教授は、「七一七条さらには国家賠償法二条の解釈にとって、立法段階の理論が重要であり、今日的にも有益である」（「道路の設置・管理の瑕疵について（二）」判例タイムズ四六七号一四頁）と説かれて、七一七条の立法者意思を詳細に展開されている。貴重な研究ではあるが、国賠法二条の立法者意思の考察に際しては、必ずしも必要なものとは思われない。なお、当時の民法学における通説については、国井「道路の設置・管理の瑕疵について（三）」判例タイムズ四六九号四頁以下、同「道路の設置・管理の瑕疵について（五）」判例タイムズ四八〇号一九頁、植木・前掲一七三頁等参照。国賠法の立案者の一人である田中二郎博士は、瑕疵概念については直接触れられていないが、「その損害の発生を防止するに必要な注意をしたと否とを問わず、これを賠償する責に任ずる」（行政上の損害賠償及び損失補償一七二頁）と説かれており、このことは、当時の通説に従って立案されたことを示すものであろう。

（4）古崎・国家賠償法の理論二〇四頁。

（5）古崎・国家賠償法の理論二〇四頁。

（6）植木・前掲四九頁。

（7）国井教授も、古崎説は営造物瑕疵説を採るわけではないが、物的欠陥説に強く傾斜している、と説かれている（前掲判例タイムズ四七五号一九頁）。古崎判事自身も、客観説に徹すると設置または管理の瑕疵を要件としている法文と抵触するおそれがあるということで、問題の困難性を認められている（国家賠償法の理論一六四頁）。なお、遠藤教授は、古崎説を「設置・管理作用の不完全を条件とする営造物瑕疵説」であるとされている（前掲一三五頁）。

（8）古崎・国家賠償法の理論一六一頁。西尾昭教授も、同様の見地から、「公の賠償責任、特に物的関係より生じた賠償責

任が、加害者・被害者間のみの財産的関係の調整という型においてのみ把握せられないで、むしろ特定人の偶発的損害の全体的負担という、社会保険的機能を前提として考慮されなければ十分でない」とされながらも、「制定法主義から由来する所の解釈の限界を強く感ぜしめられる」（「公の営造物と賠償責任」同志社法学七八号二五八頁）と説かれている。

（9）有倉「逐条国家賠償法解説」法律時報二五巻九号二二頁。

（10）今村・国家補償法一二四頁。

（11）国井・前掲判例タイムズ四七五号一九頁。

（12）今村・人権叢説二七一頁参照。

（13）国井・前掲判例タイムズ四七五号一九頁。

（14）従って、谷五佐夫弁護士が、「これらの学説の説明をみると、……殆ど設置、管理を無視して公の営造物の瑕疵とみているように見受けられる」（「公の営造物の設置・管理の瑕疵」林＝中務編・判例不法行為法二八一頁）と指摘されているのは、的確というべきであろう。徳本鎮教授も、通説である客観説を「営造物の『瑕疵』、すなわち、営造物の安全性の欠如は、もっぱら当該営造物それ自体の状態から判断しようとする」学説であると理解されている（「判例批評」法政研究四四巻四号九四頁）。

（15）雄川・前掲二一頁。

（16）植木・前掲一七七―一七八頁。

（17）雄川「行政上の無過失責任」我妻還暦・損害賠償責任の研究下二四三頁。

（18）国井・前掲判例タイムズ四七五号一九頁、同「河川管理責任と国家賠償責任」河川四二一号六二頁参照。

（19）雄川・前掲行政法講座三巻二〇頁。

(20) 古崎・国家賠償法二一九頁、伊藤進・学校事故の法律問題二六四頁、国井・前掲判例タイムズ四七五号一九頁参照。但し、藤原教授は、物的瑕疵と行為的瑕疵を考慮する雄川説を客観説に分類する古崎判事の用語法に疑問があるとされている（前掲一〇〇頁注(34)）。

(21) 古崎・国家賠償法の理論二〇四頁。

(22) 木村・前掲現代行政法大系六巻七三頁参照。

(23) 古崎・国家賠償法の理論二〇二頁。

(24) 国井・前掲判例タイムズ四七五号一九頁。

(25) 須田・前掲二八七頁。野村好弘教授は、「過失が人の行動について問題にされるのに対して、瑕疵は、物の状態についてのべられる概念である」（「道路の安全性の欠如による交通事故とその賠償責任」ジュリスト四一三号一〇九頁）と説かれている。もっとも、「瑕疵アル意思表示」（民法一二〇条）、「瑕疵ある行政行為」、「瑕疵ある職務命令」という用法もあるが、これらは、それぞれ意思表示、行政行為、職務命令に内在している不備を行為者側の事情を離れて指しているのであるから、使用方法としては、物的欠陥を意味する場合と遠く隔たるものではないであろう。

(26) 植木・前掲一九四頁。但し、植木教授は、立証責任の配分において両条が決定的な差異を有することを認められている。

(27) 国井・前掲判例タイムズ四八〇号二一頁。

(28) 国井「道路の設置・管理の瑕疵について（一六・完）」判例タイムズ四八一号二五頁。

(29) 国井・前掲判例タイムズ四八〇号二三頁。

(30) 国井・前掲判例タイムズ四八一号二五頁。

(31) 潮海一雄「判例批評」民商法雑誌六四巻六号六五頁参照。

（32）野村「判例批評」交通事故民事裁判例集三巻索引・解説号二七五頁参照。野村教授は、そこで、「瑕疵は、防止措置義務、事前調査義務などの義務の違反あるいは予見可能性というようなことを問題にする過失とは異なる。瑕疵は、営造物または工作物の物的な安全性の欠陥のみを問題とし、それを予見し得たかどうか、防止し得たかどうか、というような人の側の対処の仕方とは無関係に判断される」と説かれて、過失と瑕疵の区別を強調されている。なお、塩野宏教授は、行政上の管理と救済上の管理、あるいは管理の論理と救済の論理を区別すべきことを説かれている（「管理の限界と救済の限界」月刊法学教室四三号一〇二―一〇三頁、座談会「河川行政と治水対策」ジュリスト八一一号一四―一五頁）が、本稿の立場は、その意図は別にして、この見解に比較的近いように思われる。

## 四　営造物瑕疵説の再構成

営造物瑕疵説に対する諸批判は、筆者の基本的立場からすれば、適切なものとはいえないように思われる。むしろ、営造物瑕疵説の再評価こそがなされるべきであろう。しかし、営造物瑕疵説自体にも理論的深化が十分とはいえない面がないわけではない。以下においては、この点に留意しながら、営造物瑕疵説の再構成を試みることにしよう。

**一　瑕疵概念**　瑕疵とは、営造物が通常有すべき安全性を欠如している状態と理解し、過失と区別するのが、二条の理念に適合する。この瑕疵概念は客観説の説くところではあるが、前述のように、営造物瑕疵説に立ってこ

そより適切に説明できるであろう。客観説が義務違反説からの法文無視という批判をかわすために試みた瑕疵概念は、かえって瑕疵の意味を曖昧にしているように思われる。状態責任・無過失責任・危険責任という二条の理念を徹底すれば、営造物瑕疵説に行きつかざるを得ないのではなかろうか。

損害の予測可能性と回避可能性は、営造物が通常有すべき安全性を欠如している状態という瑕疵概念における「通常」性の判断に取り込まれるから、直接問題にする必要はない。予測可能性と回避可能性を直接問題にすることは、一条と二条の関係を不明確にすることになるであろう。[1] 設置・管理行為の不完全を問題にするのであれば、一条の問題として処理されるべきである。[2] また、学説・判例の支配的傾向は、二条においても規範的判断が必要であると解しており、「通常」性に関する判断は必然的に規範的評価を伴うはずであるとの見解もあるが、[3] たとえ規範的評価を伴うとしても、それは一条の場合とはその程度を異にすることに留意すべきであろう。二条は、管理行為の違法性を直接の責任根拠とするものではないからである。

法文無視という批判は、確かに営造物瑕疵説の弱点をついているが、法文適合性の要請は、立法趣旨や理念に適合してはじめて活きてくるものである。立法趣旨を筆者のように理解する立場に立てば、法文無視という批判は決定的なものではない。

## 二　「営造物自体」の意味

しかしながら、営造物瑕疵説自体にも問題がないわけではない。これまでは、営造物瑕疵説は、「瑕疵とは営造物自体が通常有すべき安全性を欠如している状態をいう」とする学説として理解されてきた。そして、そこにおける「営造物自体」とは、文字どおり狭く限定されたものを意味するものとされてきたようである。しかし、「営造物自体」とはいっても、道路上に穴があいていたような場合には明瞭であるが、落

石事故のような場合には、営造物自体に欠陥があったといえるのかどうか、それほど明瞭ではない。道路上に障害物が放置されていたような場合にも、同様であろう。

営造物瑕疵説は、これまで、営造物自体の欠陥の意味を自明のものとしてきたように思われる。しかし、現実に生起する事件は複雑多様であり、営造物自体の欠陥に起因するといえるかどうか、判然としないものが少なくない。従って、営造物瑕疵説を評価する際には、あらかじめ、「営造物自体」の欠陥とは何かを明らかにしておく必要がある。この広狭如何によっては、営造物瑕疵説の意義は相当異なってくるであろう。従来は、狭く捉えられていたようであり、「営造物瑕疵説」という呼称がこのことを示している。道路についていえば、道路自体に物的欠陥が存在することを指すことになるであろう。このような捉え方は、確かに、基準としては非常に明確であるといってよい。しかし、それだけに、二条の適用範囲は、通説・判例に比して著しく狭く限定されることになる。落石や崖崩れの場合は、この見解に従っても、落石、崖崩れ等の危険性を防止するための防護柵等の附属施設を本体である道路と一体のものとして捉え、道路自体に物的欠陥があったものと解することも不可能ではないが、道路上に障害物が放置されていたにすぎないような場合については、瑕疵は否定されざるを得ないであろう。道路自体には何ら物的欠陥が認められないからである。従って、この場合には、二条ではなくて一条の問題として処理されるべきことになる。「一条と二条の関係」も国賠法上の重要問題であり、右のような区別の仕方は、それに対する一つの解答を示したことにはなる。

しかし、「営造物自体」の欠陥を狭く解して、これまでせっかく学説・判例の努力によってなされてきた二条の適用範囲の拡張を全面的に否定することは、解釈方法としては妥当とはいえない。むしろ、学説・判例による二条

の拡張傾向をそれなりに評価しながら、営造物瑕疵説の本来の趣旨を活かした瑕疵概念の構成が望ましいであろう。そのためには、「営造物自体」の欠陥とは、より広く周囲の状況を総合的に考慮して営造物が通常有すべき安全性を欠如している状態を指すものと理解すべきである。[4] このように瑕疵概念を再構成すれば、落石や崖崩れ事故の場合はもとより、道路上の障害物放置事故の場合にも、瑕疵が認定されてよい場合があるであろう。道路上に障害物が放置されている状況を総合的に考慮すれば、道路として通常有すべき安全性を欠如している状態といえる場合があるからである。[5] しかも、この判断に際しては、障害物の放置時間の長短や障害物除去の可能性が問題にされるべきではなく、あくまでも事故発生当時の道路の状態からのみ判断されるべきである。これは、営造物管理者に対していささか酷な解釈であるかもしれないが、最終的には、障害物を放置した第三者に対する求償権行使の問題として処理するか、または被害者に対する過失相殺法理の類推適用によって処理すればよいから、それほど不合理なものではないであろう。

勿論、営造物瑕疵説に立っても、免責事由を一切認めないというものではない。「不可抗力」による免責は認めざるを得ないであろう。それ故、木村教授も、「今後に残された課題としては、いかに国または地方公共団体の免責を認めるかにある」[6] と説かれているのである。ただ、不可抗力の範囲を余り拡張したのでは、営造物瑕疵説の趣旨に反するから、この免責事由は厳格に解されなければならない。次に、項を改めて、この問題を考えてみることにしよう。

**三　不可抗力**　営造物瑕疵説は、「不可抗力」を免責事由とする。しかし、不可抗力は、瑕疵と別個に存在するものではない。瑕疵なくして損害が発生すれば、とりもなおさず、不可抗力によるものとして、国・公共団体の

賠償責任は生じないのである。[7] 客観説に立たれる古崎判事は、「営造物の管理者は、営造物の設置管理上の瑕疵による事故について責任を負うが、設置管理上の瑕疵といえない事故については責任を負わない。つまり、設置管理上の瑕疵といえない事故として不可抗力による事故がある」[8] と説かれているし、義務違反説に立たれる植木教授は、「一般に、営造物管理者による『不可抗力』の抗弁は、営造物の設置または管理に瑕疵のなかったこと、換言すれば責任阻却原因として主張されている。その内容は、第一に、営造物の設置・管理者にとり損害発生につき予見可能性のなかったこと（積極的否認）であり、第二に、社会・経済的に回避可能性のなかったこと（抗弁事由）である」[9] と説かれている。

このように、瑕疵がないことと不可抗力とが同じことを意味しているとすれば、「とりたてて不可抗力という特別の範疇をかかげる必要性にも乏しい」[10] ということになる。瑕疵がないから損害賠償責任は生じない、といえば足りるからである。それ故、「営造物瑕疵説は不可抗力を免責事由とする」と先に述べたのは、実は正確な表現ではない。営造物瑕疵説によれば、瑕疵とは営造物が「通常」有すべき安全性を欠如した状態をいうから、「通常」有すべき安全性を具備する限り、不可抗力等の免責事由を問題にする必要性はないと言い変えるべきであろう。瑕疵の有無については、「通常」性が判断基準となり、この「通常」性は、事故発生当時における営造物をとりまく周囲の状況から総合的に判断されることになる。

具体的事例でもって説明すれば、先行車による赤色灯標柱倒壊事件における最高裁昭和五〇年六月二六日判決（民集二九巻六号八五一頁）は、「本件事故発生当時、被上告人において設置した工事標識板、バリケード及び赤色灯標柱が道路上に倒れたまま放置されていたのであるから、道路上の安全性に欠如があったといわざるを得ないが、そ

れは夜間、しかも事故発生の直前に先行した他車によって惹起されたものであり、時間的に被上告人において遅滞なくこれを原状に復し道路を安全良好な状態に保つことは不可能であったというべく、このような状態のもとにおいては、被上告人の道路管理に瑕疵がなかったと認めるのが相当である」と判示しているが、この事件においても、事故発生当時の道路の状態に着目すれば、通常有すべき安全性を欠如している状態であったことは明らかであるから、判旨の結論とは異なり、瑕疵の存在が肯定されてもよかったであろう。[11] 客観説に立たれる古崎判事が、右の最高裁判決を「時間的不可抗力」を認めた最初の判例であるとして評価されていることには、[12] 疑問を払拭できない。右のような事例までが不可抗力に当るということになれば、無過失責任の意義は減殺され、客観説と義務違反説との区別は不明確となるのではなかろうか。

また、営造物瑕疵説の立場から、植木教授は、前記最高裁判決について、「道路管理者に損害防止措置を期待できないこと、換言すれば、損害の回避可能性のない場合である。かかる意味において、本判決は、道路管理者に損害回避義務違反のない事例を取り扱ったものといえる」[13] と説かれているし、国井教授も、同様に、「本判決は、本件道路につき必要かつ可能な事故防止措置の不尽がないと見て、管理瑕疵の存在を否定したものといってよい」[14] と説かれている。義務違反説からすれば当然の帰結であるといえるかもしれないが、筆者の立場からすれば、二条の理念に適合しているかどうか疑わしいように思われる。

国井教授は、営造物瑕疵説を批判されて、「営造物瑕疵説は、物的設備についての安全性欠如を認めえないような自然現象に起因する事故を不可抗力とする危険性が少なくはないといえるのではあるまいか」[15] と主張されている。しかし、筆者のいう営造物瑕疵説は、物的設備についての安全性欠如だけではなく、より広く、営造物をとりまく

周囲の状況を総合的に考慮して、通常有すべき安全性を欠如していれば瑕疵があるとする見解である。営造物瑕疵説に立てば自然現象に起因する事故を不可抗力に直結する理論的危険性をはらんでいる[16]、とは必ずしもいえないであろう。

**四　営造物瑕疵説の再構成**　右のような考え方からすると、「営造物自体」の欠陥という表現は余り適切なものではない。単に「営造物」の欠陥とすべきところであろう。営造物自体に欠陥がなくても、当該営造物をとりまく周囲の状況を総合的に考慮した場合に、営造物が営造物としての機能を十分に果たせず、通常有すべき安全性を欠如していると判断されるときには、営造物に欠陥がある、すなわち瑕疵があると考えてよいからである。ただ、そうすると、従来の営造物瑕疵説の定義と若干相違することになるから、これをも営造物瑕疵説と称することが妥当であるか否か、という疑問が生じてくるかもしれない。しかし、前述のように、営造物瑕疵説の内容はまだ十分固まっているわけではなく、右のように広く解しても、これによって営造物瑕疵説の内容が本質的に相違してくるということはないであろう。依然として、「営造物が通常有すべき安全性を欠如している状態」という瑕疵概念は維持されているからである。

このように考えれば、営造物瑕疵説と客観説は、瑕疵概念に関する限り著しく接近することになるであろう。相違するのは、せいぜい、「設置・管理」という法文に適合させるための説明を付け加えるか否かということだけである。客観説による法文適合性の説明は、一見すると解釈論として緻密なように見受けられないでもないが、前述のように、それほど意味のある説明とはいえないように思われる[17]。もし、客観説が「設置・管理」を重視することになれば、かえって対立学説である義務違反説に近づいていくことになるのではなかろうか[18]。

## 五　社会的営造物瑕疵説について

営造物瑕疵説の主唱者である木村教授は、先に紹介したように、最近、「社会的営造物瑕疵説」を主張されている。営造物瑕疵説の再構成にあたり、それにつき一言触れておくことにしよう。教授によれば、大阪空港のような面積の狭隘さや立地条件の劣悪さなどは、営造物の物理的・外形的欠陥に類する社会的な営造物の瑕疵であり、「営造物の物理的・外形的な欠陥が社会的に非難される場合には瑕疵がある」[19]ことになる。この社会的営造物瑕疵説は、営造物自体の物的瑕疵だけではなくて、いわば社会的瑕疵と称すべきものをも瑕疵概念に包摂しようとしている。それだけ瑕疵概念を広く捉え、営造物瑕疵説に弾力性を付加することができるようになる点において、評価されてよいであろう。ただ、「社会的」という言葉の意味がやや不明確であることは否めないように思われる。「社会的」という言葉は、瑕疵を「営造物が通常有すべき安全性を欠如している状態」と定義する場合の「通常」という言葉とどの程度相違するのであろうか。木村教授が考察対象にされた大阪空港大法廷判決には、確かに「通常」の語は使用されていないが、この点については、古崎判事が、「この『通常』という文言は、法解釈の厳格性を保つためには不可欠であって、単なる文章のあやではない。つまり、通常有すべき安全性を欠いている状態が、『通常』具備すべきものでなければならず、かつそれで足りるということを意味する。そして、ここでは、何が『通常』かが重要な判断の決め手になるのである。最高裁判所は、可及的速やかに、これからの判決でこの判示部分を修正するとともに、下級裁判所も、この点を注意して引用して貰いたいものである」[20]と評されていることに注目すべきであろう。「通常」の語は、瑕疵概念にとって重要であり、通常有すべき安全性を欠如していることは、木村教授のいわれる「社会的に非難される場合」、すなわち「社会的な営造物の瑕疵」に該当することになるのではなかろうか。

このように考えることができるとすれば、営造物瑕疵説とは別に社会的営造物瑕疵説を唱える必要性はないように思われる。筆者のいう営造物瑕疵説は、瑕疵を営造物それ自体の物的欠陥だけに限定するものではなく、営造物をとりまく周囲の状況を総合的に考慮して、通常有すべき安全性が欠如している状態が認められれば瑕疵があるとするものであるから、社会的営造物瑕疵説の趣旨は、この中に含まれているものといってよい。もっとも、これは学説の呼称の問題であり、従来の営造物瑕疵説から区別するために、「社会的」その他の語を冠することも必要かもしれないが、営造物瑕疵説を唱えるものが殆どいない現状においては、むしろ、営造物瑕疵説を右のような内容の学説であるとして発展させる方が望ましいであろう。

## 六　営造物瑕疵説と被害者救済

営造物瑕疵説は、営造物が通常有すべき安全性を欠如している限り、管理者側の事情を問わずに責任を肯定するわけであるから、被害者救済により厚いことになる。ところが、これに対して、営造物瑕疵説は適切な被害者救済を確保し得ず、物的欠陥による瑕疵判断には限界がある、との批判がある。[21] 物的欠陥による瑕疵判断が妥当するのはせいぜい附帯施設の不備までであって、避難対策にまでは及ばない、というわけである。確かに、営造物瑕疵説に立てば、避難対策の不実施を瑕疵概念に含めて、これを二条の問題として処理することは困難であろう。従って、義務違反説に立たれる国井教授が、「実践的な側面では、瑕疵を物理的性状に限定せず、その守備範囲を拡張する必要がある。そのために、本稿は瑕疵を管理者の不作為と見るわけである。つまり、安全性欠如を施設整備の欠陥・不備と見てこれを残すとともに、それ以外に、避難対策の不首尾も瑕疵に含ましめ、右両者を包含するものとして事故防止措置の不実施を観念する、というわけである」[22]と説かれて、道路事故における避難対策の不実施を二条の問題として処理しようとされていることは、一見すると被害者救済に厚いよ

うに見受けられないではない。しかしながら、営造物瑕疵説が避難対策の不実施の場合を二条の問題として適切に処理できないとしても、この場合の被害者の救済を断念するわけではないから、被害者救済の点については別個の検討を必要とする。これは、一条と二条の適用範囲の区別に関係する問題である。営造物瑕疵説からすれば、避難対策の不実施は、むしろ一条の問題として処理されるべきであろう。[23] 一条が過失責任主義を採っているとはいっても、過失の客観化によって、避難対策の不実施の場合に過失の存在を肯定することはそれ程困難ではないし、これまでの裁判例で避難対策に言及しているような事例においては、過失を認定してもよい場合が大半であるから、被害者救済の面においては義務違反説との間に大差が生ずるとは思われない。

このように考えれば、原点に立ち返って、避難対策の不実施を二条の問題とすることが同条の理念に適合するか否かが問われるべきであろう。一条と二条の責任が別個の理念に基づくものと理解する筆者の立場からすれば、避難対策の不実施のような人間の「行為」を直接問題とする場合に、これを二条によって処理しようとすることには疑問を抱かざるを得ない。ただ、避難対策の中に道路工事その他の危険箇所を示す標識板やバリケードの設置等も含まれるのであれば、営造物瑕疵説に立っても、これらが設置されていないことは、営造物をとりまく周囲の状況からして瑕疵あるものと考えることは可能である。従って、この場合には、一条と二条が競合することになるであろう。

避難対策の不実施の問題を別にすれば、営造物瑕疵説の方が被害者の救済に厚いことは明瞭である。それ故、義務違反説に立たれる植木教授は、営造物瑕疵説の学説としての成立余地について強い疑義を表明されながらも、この説が被害者の救済において最も効果的であることを承認されているのである。[24] ただ、被害者の救済に厚いという

ことは、それだけ国・公共団体の財政を圧迫することになるのではないかとの批判があるかもしれない。[25] しかし、営造物瑕疵説は、「通常」性を国・公共団体の賠償責任の限界にするものであり、無制限に賠償責任を拡張しようとするものではないから、それほどの懸念はないであろう。

（1）野村・前掲交通事故民事裁判例集三巻索引・解説号二七五頁、宮原守男「判例批評」交通事故民事裁判例集三巻索引・解説号二六六頁、高橋利明「大東水害最高裁判決と水害訴訟」法律時報五六巻五号六四頁、西埜「判例批評」法政理論一五巻三号一九五頁等参照。但し、学説は、一般に、予測可能性と回避可能性が必要であると解している（古崎「国家賠償法二条による瑕疵責任の限界」季刊実務民事法一号六六頁以下、加藤・前掲ジュリスト八一一号二八頁、兼子・前掲三二七―三二九頁、遠藤・国家補償法中巻四八九頁以下、国井・前掲判例タイムズ四七五号二三頁、植木・前掲一三六頁以下、芝池義一「行政裁量と河川管理責任」法律時報五六巻五号五二頁等参照）。客観説までもがこれを必要とするというのであれば、客観説と義務違反説の差異が不明瞭になるのではなかろうか。

（2）木村・前掲ジュリスト五八一号五五頁参照。

（3）国井・前掲判例タイムズ四七五号一七頁。同旨、藤村啓「損害賠償請求について」法律のひろば三五巻三号二一頁。

（4）下山「水害と賠償責任」現代行政法大系六巻一三四頁以下参照。高松地丸亀支部昭和三七年一二月一四日判決（訟務月報九巻一号一四頁）が、「営造物の設置又は管理に瑕疵があるかどうかは、必ずしもそのもの自体に限定して判断されるだけではなく、その物の置かれている四囲の状況との綜合的な見地からも判断されるべきである」と判示し、最高裁昭和五六年一二月一六日判決（大阪空港公害訴訟上告審判決・民集三五巻一〇号一三六九頁）が、「安全性の欠如、すなわち、

他人に危害を及ぼす危険性のある状態とは、ひとり当該営造物を構成する物的施設自体に存する物理的、外形的な欠陥ないし不備によって一般的に右のような危害を生ぜしめる危険性がある場合のみならず、その営造物が供用目的に沿って利用されることとの関連において危害を生ぜしめる場合を含（む）」と判示しているのが、ここでの参考になる。

（5）森島昭夫教授は、「瑕疵の存在について、予見可能性は問題にならず、現に道路として、あるいは公の営造物として、通常具えているだけの安全性があるかないかということだけに着目していけばいいわけで、先にあげた、警告灯が倒れたような場合には、瑕疵を認めていいと思います」（国家賠償法研究会(3)・法令解説資料総覧一四号一四四頁）と説かれている。

（6）木村・前掲法学教室第二期6一五五頁。

（7）沢井裕教授が、「営造物責任を否定する場合の論理構成として、『設置・管理に瑕疵がない』という場合と、『不可抗力』という場合がある。この両者は表裏の関係にあり、結局は同じことを述べている」（「書評・植木哲著『災害と法』」法律時報五五巻九号一一五頁）と説かれ、中井美雄教授が、「不可抗力で免責という場合は『瑕疵』がないということをも併せていっているように思われる」（「土地工作物責任」現代損害賠償法講座六巻一六九頁）と説かれているのは、このことを意味している。なお、仙田富士夫「国家賠償請求訴訟と要件事実」新・実務民事訴訟講座六巻四四―四五頁参照。

（8）古崎・前掲季刊実務民事法一号七七頁。同旨、原龍之助・公物営造物法〔新版〕二〇一頁。

（9）植木・前掲二五〇―二五一頁。

（10）遠藤・国家補償法中巻五〇六頁。このことは、すでに、加藤教授が主張されていたところである（「『不可抗力』について」月刊法学教室一号五一―五二頁）。なお、中路義彦「判例批評」行政判例研究会編・昭和五四年行政関係判例解説六九六頁注(23)参照。

(11) 森島・前掲法令解説資料総覧一四号一四四頁参照。一歩譲っても、先行車によって簡単に倒されるような灯標柱であれば、これを通常有すべき安全性が欠如していたものと捉えることは可能であろう（なお、沢井・前掲一一五頁参照）。

(12) 古崎・前掲季刊実務民事法一号八〇頁。

(13) 植木・前掲一五三頁。

(14) 国井「道路の設置・管理の瑕疵について(六)」判例タイムズ三四八号一四頁。

(15) 国井「道路の設置・管理の瑕疵について(三)」判例タイムズ三三二号二六頁・三〇頁。

(16) 国井・前掲判例タイムズ三三二号二六頁・三〇頁注(29)。

(17) 国井教授は、古崎説のいう「設置・管理上の」は「単なる形容詞のようである」と評されている（前掲判例タイムズ四七五号二一頁、「空港の設置・管理と賠償責任」法律時報四八巻二号三八頁）。古崎判事は、これに対し、「単なる形容詞ではない」と反論されている（前掲判例タイムズ三三二号一一七頁）。

(18) 両説の区別の不明確化については、遠藤・国家補償法中巻五〇四―五〇五頁、仙田・前掲四一頁注(11)、藤原・前掲一〇八頁等参照。

(19) 木村・前掲現代行政法大系六巻七七頁。

(20) 古崎・前掲季刊実務民事法一号五一頁。なお、最高裁昭和五九年一月二六日判決（大東水害訴訟上告審判決・判例時報一一〇四号二六頁）は、再び「通常」という言葉を使用している。

(21) 国井・前掲判例タイムズ四七五号一八頁・二三頁。

(22) 国井・前掲判例タイムズ四八〇号一九頁。

(23) 遠藤教授は、避難対策の不実施について、「一条と二条とが合体して始めて認められる独自の責任」ではないかと説か

れている（国家補償法上巻一三〇頁）。

（24）植木・前掲一九一頁。

（25）村上義弘「国家賠償と財政」新・実務民事訴訟講座六巻二三二頁以下参照。松島諄吉教授は、「損害賠償の範囲の広がりに対して、どのような形での歯止めをかけうるのだろうか。疑問なしとしない」（「危険責任論」法学教室第二期1一四九頁）と説かれている。

## むすび

本稿における筆者の主張は、要約すれば、国賠法二条の「設置・管理の瑕疵」については、状態責任・無過失責任・危険責任という二条の理念を基点にして解釈されるべきであり、[1] 営造物瑕疵説こそがこの理念に最もよく適合する、ということである。義務違反説はこれに相対するものとして、また客観説は義務違反説に一部引きずられたものとして、ともに疑義のあるものということになる。

従来の客観説は、表面上は営造物瑕疵説を厳しく批判しているものの、実質的には営造物瑕疵説とそれほど相違するわけではない。客観説が法文適合性を確保するために付け加えている説明は、余り説得力を有していないように思われる。この点において、客観説は、営造物瑕疵説に接近しているといえるであろう。他方、従来の営造物瑕疵説は、それが瑕疵を「営造物自体の物的欠陥」として捉えるのであれば、その捉え方は狭すぎるといわなければ

ならない。営造物自体に物的欠陥がなくても、それをとりまく周囲の状況を総合的に考慮して、通常有すべき安全性に欠けていれば、瑕疵を肯定してよいからである。従って、この点においては、営造物瑕疵説が客観説へ接近することになる。両説はともに、瑕疵を「営造物が通常有すべき安全性を欠如している状態」として捉えるものであって、一般に考えられているほどには両説の区別は明確とはいえないであろう。「設置・管理」という文言をいわば枕言葉として理解しようとする筆者の立場からすれば、営造物瑕疵説に対する客観説からの批判には疑問を禁じ得ない。

義務違反説からの批判もまた適切とはいえないであろう。法文適合性の要請は、二条の理念に適合してはじめていえることである。筆者のような立場からすれば、法文適合性を有しないとの批判は、決定的なものとは思われない。また、体系的調和を欠くとの批判については、筆者は前稿で説いたように、別個の体系を構想しているのであるから、これもまた決定的なものではない。さらに、被害者救済に限界があるとの批判については、一条の責任を否定するわけではないから、結果において大差がなく、むしろ二条を無過失責任と性格規定する点において営造物瑕疵説の方が被害者救済に厚いといえるであろう。

本稿で説いた意味での営造物瑕疵説も、実定法上に「瑕疵」が責任成立要件とされている以上、瑕疵がない場合にまで損害賠償責任を認めるべきことを主張するものではない。瑕疵がなければ、損害賠償責任が生じないことは当然である。営造物瑕疵説に立てば、この瑕疵は、営造物が「通常」有すべき安全性を欠如している状態を指しているから、「通常」性が瑕疵の存否の判断基準となり、これが損害賠償責任の限界を画することになる。不可抗力は勿論、財政上の制約や予測可能性・回避可能性等の問題も、この「通常」性の判断の中に取り込まれなければな

らない。従って、営造物瑕疵説にあっては、「通常」性が重要な機能を果たしており、この理解如何によって二条の責任の広狭が左右されることになる。ただ、「通常」性とはいっても、残念ながら必ずしも明確なものではない。この点の究明が今後の課題であろう。

（1）責任の性格規定から瑕疵概念を構成することは本末転倒の議論である、との批判（国井・前掲判例タイムズ四七五号一五頁・二一頁）があるが、法文自体から瑕疵概念が明確にならない以上、当然のことであって、本末転倒とはいえないように思われる。